

procedimentos análogos, eventuais vícios não contaminam a ação penal, salvo algumas hipóteses excepcionais, por exemplo, a prova obtida por meio ilícito que serve de base para a ação penal.

Verificar que o inquérito judicial é inquisitivo significa, em outras palavras, afirmar que a aplicação de determinada sanção em outrem ou o reconhecimento puro e simples de uma dada situação não integra o objeto central e imediato do procedimento, ao contrário, sua finalidade se restringe à informação, e, *in casu*, à apuração de um fato e à coleta de material probatório. O processo, diferentemente do procedimento, repudia a forma inquisitiva, justamente por força da incidência do princípio do devido processo legal, que contempla, entre outras disposições, a manifestação do contraditório e da ampla defesa. Logo, o inquérito judicial não assume a condição de processo, mas de procedimento somente, ostentando, assim, o caráter inquisitivo e meramente informativo, não se podendo falar em incidência do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido pronunciou-se o Superior Tribunal Federal no julgamento do HC 82.222/SP, relatora Ministra Ellen Gracie, J. em 17/09/02:

Iniciado o julgamento de *habeas corpus* em que se alega violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pela circunstância de que o paciente fora intimado para os fins do art. 106 da Lei de Falências em momento posterior ao oferecimento da denúncia por crime falimentar, razão por que perdera a oportunidade de contestar as arguições contidas no inquérito judicial (Decreto-Lei 7.661/45, art. 106: “Nos 5 (cinco) das seguintes, poderá o falido contestar as arguições contidas nos autos do inquérito e requerer o que entender conveniente”). A Ministra Ellen Gracie, relatora, proferiu voto no sentido de indeferir o *writ*, por entender que, sendo o inquérito judicial para a apuração de crime falimentar peça de natureza meramente informativa, eventual falha procedimental, como a falta de intimação do falido para os fins do art. 106, não teria o poder de contaminar a ação penal.

Dessa forma, conclui-se que a intimação do falido para apresentação de contestação no inquérito judicial não torna o procedimento contraditório.

O Conceito de Infração de Menor Potencial Ofensivo

Luiz Fernando Vaggione

Duas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmam a orientação adotada no RHC 12.033-MS, no sentido da incidência da Lei 10.259/01 no âmbito dos Estados. Em outras palavras, com a entrada em vigor da referida lei, todas as infrações penais cuja pena máxima não ultrapassar dois anos devem

*Promotor de Justiça e professor de Legislação Penal Especial e Prática de Processo Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

ser consideradas de menor potencial lesivo, ainda que haja procedimento especial para apurá-las. Vejamos as decisões: a) HC 27.825/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/08/03, reconhecendo como de menor potencial ofensivo o art. 16 da Lei 6.368/76, por força da aplicação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, e determinando fosse oferecido ao paciente o benefício da transação penal (Informativo 179); b) CC 38.513/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/08/03, do qual extraímos o trecho a seguir: “(...) Levada a julgamento a apelação referente ao crime de porte de arma quando já vigorava a Lei 10.259/01 (após 13/01/02), mostra-se correta a decisão do Tribunal de Alçada em declinar da competência em favor da Turma Recursal, justificada pela aplicação imediata da novel legislação em razão de sua natureza processual (...)” (Informativo 179).

A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, assentou que se consideram infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos dessa lei, aquelas cuja pena máxima cominada em abstrato não seja superior a dois anos, ou multa (parágrafo único do art. 2º).

A questão que se coloca diz respeito à aplicação ou não da Lei 10.259/01 no Juizado Especial Criminal estadual. Em outras palavras, o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 teria derogado o art. 61 da Lei 9.099/95?

Há controvérsia. Uma das orientações sustenta a inaplicabilidade da Lei 10.259/01 no âmbito estadual, porquanto vedada estaria a interpretação extensiva com repercussão derogatória. Com efeito, “se o legislador penal, às expensas, diz que o ilícito de menor potencial ofensivo, *para os efeitos de uma dada lei* (no caso, a Lei 10.259/01), é aquele para o qual se estatui pena máxima não superior a dois anos (ou multa), não se pode, *simpliciter*, estender essa previsão para derogar, com apoio em preceito *específico*, situações de *outra lei* que não se acham indicadas pela nova normativa” (TACrimSP, 11ª Câmara, RSE 1.311.109-7, rel. Juiz Ricardo Dip). No mesmo sentido: HC 398.760-7 (TACrimSP). Na esteira dessas interpretações, posicionou-se o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo afirmando que: “Respeitada a independência funcional do Membro do Ministério Público, recomenda-se o entendimento de que não se aplica a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, no âmbito da Justiça Estadual” (Aviso 74/02, DOE de 06/02/02). Idêntica recomendação veiculou a Terceira Procuradoria de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Nos termos do seu Entendimento Uniforme 8, “não há concluir que a lei nova distinguiu de forma não razoável ou arbitrária, vale dizer, de maneira puramente discriminatória, um tratamento específico a pessoas diversas. Demais disso, nesse campo estaria o Poder Judiciário apenas autorizado a declarar a inconstitucionalidade de lei nova atuando como legislador negativo, proibida sua atuação como

legislador positivo, pena de estender, por via jurisdicional, o conceito de crime de menor potencial ofensivo a hipóteses não contempladas pelo novo texto legal, o que representaria usurpação da competência constitucional do Poder Legislativo” (www.mp.sp.gov.br).

Não obstante tais respeitáveis pronunciamentos, na doutrina sempre prevaleceu posicionamento oposto. Nesse sentido: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando da Costa Tourinho, Alberto Silva Franco, José Renato Nalini, Roberto Podval, entre outros. Na jurisprudência do STJ também vem predominando orientação distinta. Com efeito, a 5ª Turma, julgando os embargos declaratórios interpostos no RHC 12.033/MS, mencionado no início deste artigo, relatado pelo Min. Félix Fischer, assentou que a Lei 10.259/01, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo, fixou o limite de dois anos para a pena máxima cominada. Dessa forma, o art. 61 da Lei 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um ano alterado para dois. O Min. Paulo Medina, por sua vez, ao julgar o RHC 14.141/SP, referiu-se ao RHC 12.033/MS, dele extraindo que: “O novo patamar para concepção de infração de menor potencial lesivo, criado pela Lei 10.259/01, afeta o teor do disposto no art. 61 da Lei 9.099/95. Isto porque o mesmo delito não pode, eventualmente, ter tratamento com efeitos penais diversos conforme a competência federal ou estadual. A *novatio legis* incide, por ser *lex mitior*, na restrição anterior da Lei 9.099/95”. No mesmo sentido: REsp 356.174-MG, DJU de 24/03/03, e RHC 14.141/SP, rel. Min. Paulo Medina, julgado em 13/05/03.

Observa-se, assim, a tendência do STJ em confirmar a orientação segundo a qual a Lei 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei 9.099/95, de modo que, à luz do posicionamento atualmente predominante, devem ser consideradas de menor potencial ofensivo as infrações penais cuja pena não ultrapasse dois anos, haja ou não procedimento especial para elas previsto.